Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

zur Zeit in Schutz genommen wird. Aber selbst diese dilatorische Einrede, da sie nicht sowohl das gerichtliche Verfahren betrifft, als vielmehr in die Sache selbst eingeht, wird erst nach der Einlassung ihre schickliche Stelle finden unter den peremtorischen Einreden.

Die oben angeführte Stelle der Institutionen bestätigt die gewöhnliche Theorie nicht, wohl eher diese, wenn sie noch einer Bestätigung bedürftig wäre. Denn Justinian bemerkt keineswegs, daß ein jedes Berufen auf eine vom Gegner begangene Pluspetitio eine Einrede enthalte, und noch weniger eine dilatorische, sondern er spricht von demjenigen, der *tempore* zu viel fordert, indem er die exceptio pacti conventi, *ne intra certum tempus ageretur*, zu den dilatorischen Einreden rechnet.

VI.

Von der actio tutelae utilis des Vormundes, welcher für seinen Mitvormund, an den vormaligen Pupillen, ohne vorgängige Cession Zahlung geleistet hat. (Mit Beziehung auf einen beigefügten Rechtsfall.)

Von Herrn Prof. der Rechte D. von Lindelof in Gießen.

§. 1.

Die Frage: ob einem Vormunde gegen seinen Mitvormund für den er aus der Geschäftsführung ohne Cession gezahlt hat, die actio negotiorum gestorum oder die actio tutelae utilis zustehe, ist aus dem Grunde von größter Wichtigkeit,

weil der gegen ſeinen Collegen klagende Vormund, nur mittelſt einer actio tutelae, nicht durch die actio negotiorum gestorum utilis oder contraria die Hypothek des Pupillen in Anſpruch nehmen kann.

Schon die Gloſſatoren waren über die Entſcheidung dieſer Frage nicht einig. Ad L. 2. C. de contr. jud. tut. (5. 58) heißt es:

„condemnatus conveniet pupillum ut sibi cedat actionem adversus contutorem, *vel si non cedat*, conveniet tutorem utili negotiorum gestorum actione *vel tutelae*;

ferner bei den Worten: utili actioni:

„scilicet negotiorum gestorum *vel tutelae* sec. Azo. Sic et L. 30 de negot. gest. et L. 4. C. si cert. petat.“

Hingegen bemerkt die Gloſſe ad L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distrah. (27. 3.) zu den Worten: „utilem actionem.“

“scilicet negotiorum gestorum ut in L. 30. D. de negot. gest.

und ad L. 30 D. de negot. gest. (3. 5.) *Verb.* qua actione:

„In pluribus tutoribus, si unus solvit pupillo id in quo alter deliquit (quia et ipse tenetur ut L. 1. §. 13 D. de tut. et rat. distr.) repetit per actionem utilem negotiorum gestorum; ut hic et in L. 2 C. de contr. jud. tut.“

Der Zweifel dauerte fort unter den ſpätern Juriſten. Alciat führt bloß die beiden abweichenden Meinungen an, ohne die ſeinige beſtimmt auszuſprechen. [1]) Cujas ſcheint

1) Ad L. 1. C. de transact. (in Oper. Tom. III.) nro. 16 et seq. — Quod si tutor sibi fieri cessionem non petierit, ad huc utili negotiorum gestorum actione ut plerique

ſich für die actio tutelae utilis zu entſcheiden.[2]) Noch beſtimmter ſprechen ſich für dieſe Meinung aus Faber, Brunnemann, Hering, Thibaut, Bucher, Mühlenbruch u. a.[3]) — Der entgegengeſetzten Meinung, daß die Geſetze von der actio negotiorum gestorum reden, ſind Chriſtinäus und Reinhart[4]), Huber[5]), Struv[6]), Pothier[7]) u. a.

---

sentiunt, ei succurritur (L. 30 D. de negot. gest.) licet utilem tutelae alii malint. (Arg. L. 1. §. 13.D. de tut. et rat. distr. Lancelot, dec. hic.)

2) In den Paratitlis in Lib. V. Tit. 58. Codic. ſagt Cujas freilich: post solutionem, cum extincta sit tutelae obligatio, nulla pupillo superest actio quam cedat, sed tutori qui solvit, in contutorem condemnatum est actio negotiorum gestorum. Er fährt aber ſo fort: Ante solutionem recte ceditur actio tutori; qui omne quod ex causa tutelae debetur, solvere paratus est, vel in solutione ipsa si convenerit, ut solventi tutori crederentur actiones adversus collegas, *vel sine cessione ei dantur utiles quasi ex cessione praesumta* . . . Quod utique verum est, etiam absens et indefensus tutor post litem contestatam condemnatus sit. — Conf. ibid. ad Lib V. Cap. 52. und Recit. ad Tit. Cod. de divid. tut. (5. 52.)

3) Faber, in L. 30 D. de negot. gest. (Rationalia ad Pand. Tom. I.) Brunnemann ad tit. Pand. 27. 3. Hering, tract. de fidejus. Cap. 27. p. 3. no. 16. Thibaut, Pand. Syſt. Thl. I. §. 539 u. f. Bucher, Recht der Forderungen §. 20. Mühlenbruch, Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte §. 43.

4) Decisiones; Vol. I. Dec. 180. no. 8.

5) Prael. ad Pand. L. 26. tit. 7. §. 9.

6) Syntagma jur. civ. Ex. 31. §. 3. 39. Sein Commentator Müller not. g. ſcheint aber anderer Meinung zu ſeyn.

7) In Pand. Justin. Lib. 27. tit. 3. no. 17. not. e. ad L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distr.: „deficiebat enim directa negotiorum gestorum actio; nam solidum solvendo suum negotium gessit, non vero sibi proposuit contutoris negotium gerere.

Doch nicht Autoritäten, ſondern nur Gründe können entſcheiden, und dieſe ſollen jetzt näher geprüft werden.

§. 2.

Um ſich einen Zugang zur Erörterung der hier vorliegenden Controverſe zu öffnen, iſt es nothwendig, einiges im Allgemeinen über actiones utiles vorauszuſchicken [8]).

Es war und blieb immer Grundſatz des Römiſchen Rechts, daß eine Forderung nicht ſo wie ein Gegenſtand des Eigenthums auf einen Andern übertragen werden konnte, wie dies der Strenge nach die Natur des Rechtsverhältniſſes mit ſich bringt, denn eine obligatio exiſtirt nur durch die wechſelſeitige Beziehung, worin gerade dieſe Obligationsintereſſenten zu einander ſtehen, hört mithin von ſelbſt auf, ſobald dieſe Beziehung von der einen oder der andern Seite wegfällt. Die vollkommene Veräußerung der Forderung ſelbſt iſt nicht möglich, weil jedes Aufgeben hier nothwendig ein Verſchwinden des ganzen Rechtsobjekts zur Folge haben muß; ſelbſt die Einwilligung des Schuldners kann hierin nichts ändern, ſondern kann nur die Wirkung haben, daß an die Stelle des aufhörenden Rechts ein ganz neues wieder entſteht (novatio cum delegatione). Die Einwirkung eines neuen Erwerbers auf die Forderung ſtellt ſich daher immer nur als die Beſchränkung der Befugniſſe des ältern Gläubigers dar, und ſelbſt wo dieſe durch das Geſetz für völlig unwirkſam erklärt ſind, hat ſich doch im neuſten Rechte eine Hinweiſung auf ſie erhalten.

Dazu kam noch der ſtrenge Grundſatz des Römiſchen Rechts, wonach Niemand durch freie Mittelsperſonen Rechte erwerben konnte, ſondern Jeder für ſich in Perſon handeln mußte; ein Rechtsprinzip, welches nur in Staaten von ſehr beſchränktem Umfange durchgeführt werden kann.

---

8) Mühlenbruch, von der Ceſſion der Forderungsrechte, §. 1—16. §. 42. 43.

Da in jedem Staate von irgend einiger Betriebsamkeit der Verkehr mit Schuldforderungen unvermeidlich ist, so wurden jene strengen Grundsätze von den Römern nach und nach dahin modificirt, daß die Ausübung von Obligations-Verhältnissen auf Andere übertragen werden konnte. Sie thaten dies in ihrer bekannten Weise, nämlich so, daß das Princip nicht ganz aufgehoben wurde, und das Mittel, dessen sie sich dazu bedienten, war die schon vorher eingeführte Zulässigkeit eines gerichtlichen Stellvertreters [9]).

Aus dieser Prozeßführung durch Andere und aus der Stipulation zwischen beiden Theilen vor dem Magistratus entstand das dominium litis; jedoch unterschied man bald zwischen dem gewöhnlichen procurator ad agendum datus und zwischen dem procurator in rem suam. Der procurator hieß nämlich in rem suam, wenn zwischen ihm und seinem Prinzipal ausgemacht war, daß er den Ertrag der eingeklagten Forderung für sich behalten sollte, wenn er also für sich und zu seinem eigenen Besten handelte; daher der Ausdruck mandatum actionis und mandare actiones.

Die Mandatsform war freilich das beste Mittel zu verhüten, daß die Forderung nicht als aufgegeben erscheine und nicht in den neuen Händen ganz etwas anderes werde, als was sie ursprünglich war. Allein man erstattete ihr auch keinen weitern Einfluß auf das neu entstandene Rechtsverhältniß, als wie Consequenz und die einmal geschehene Verknüpfung unumgänglich forderte, und man streifte die Fesseln ab, welche die beschränkte Mandatsform dem Verkehr mit

9) Nach dem Gesetze der XII. Tafeln war ein solcher Stellvertreter noch nicht zulässig, wie dies schon aus den bekannten Worten zu erhellen scheint:

„Si morbus seniumve impedimentum erit, qui in jus vocabit, vocato vectabulum seu vehiculum quod adjunctis pecoribus trahitur, dato etc.“ — Bach histor. jur. (edit. 6ta) p. 36. 37.

Schuldforderungen anlegte, ſo oft ſie ſich mit dem Zwecke, den man dadurch erreichen wollte, nicht mehr vertrugen. So erklärt es ſich, wie das neuere Römiſche Recht Ausnahmen von der Nothwendigkeit der wirklichen Ceſſion machte, und in einzelnen Fällen wo dieſe entweder gar nicht erfolgen konnte oder wirkungslos wurde, durch actiones utiles eine außerordentliche Rechtshülfe verlieh, um einen unbilligen Schaden abzuwenden.

§. 3.

Die actiones utiles wurden zuerſt durch den Prätor eingeführt, der theils durch ſein Edikt, theils durch ſeine Decrete das Civilrecht ergänzte und modificirte, ohne jedoch die Prinzipien deſſelben ganz aufzugeben. Sie ſind nachgebildete Klagen, Analogieen von andern Klagen, durch welche Mängel und Lücken des beſtehenden Rechts ergänzt werden ſollten; daher ſie auch nur in subsidium gegeben wurden.[10] Die ſchon beſtehende Klage ſollte Muſter und Vorbild einer andern ſeyn, alſo für ein neu entſtandenes Rechtsverhältniß gerade ſo und zu den nehmlichen Wirkungen gelten, wie wenn ſie gleich anfangs für dieſes gegeben wäre. — Das Verhältniß wird häufig durch die Ausdrücke: exemplo, ad exemplum, ad similitudinem, veluti, quasi bezeichnet.[11]

Wenn man auf ihre urſprüngliche Veranlaſſung Rückſicht nimmt, ſo kann man zwei Hauptarten derſelben unterſcheiden:

1) Die für ein Rechtsverhältniß Statt findende civilrechtliche oder prätoriſche Klage wurde auf ein anderes übertragen, bisweilen weil dieſes jenem verwandt war, (wie die utilis curationis causa actio), noch öfterer, ohne daß dieſe Verwandſchaft exiſtirte, weil man gern neue Rechtsſätze auf

10) L. 21. D. de praesc. verb. (19. 5.) L. penult. D. de sent. passis. (48. 23.) L. 8. §. 8. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.)

11) Brissonius, de Verb. Sign. V. utilis no. 3.

gewiſſe Analogieen zurückführte, um dadurch die möglichſte Gleichförmigkeit im prozeſſualiſchen Verfahren zu bewirken; ſo entſtanden durch bloße Beziehung des Vindications-Proceſſes auf andere Verhältniſſe mehrere neue actiones in rem, namentlich die vindicationes servitutis und pignoris, auch einzelne Fälle der vindicatio proprietatis [12]).

2) Nicht ſelten wurde mittelſt einer Fiction angenommen, daß die Bedingungen der actio directa, die in der That nicht vorhanden waren, zur Genüge vorhanden ſeyen, und daher bald eine neue Klage gegeben, z. B. die actio Publiciana, die Klage des bonorum possessor, actio negotiorum gestorum utilis u. a. [13]); bald eine nach ſtrengen Grundſätzen weggefallene Klage dennoch für geltend erklärt [14]). Haec aequitas suggerit, ſagt Paulus etsi jure deficiamur [15]). Bei den durch den Prätor eingeführten Rechtsverhältniſſen wurde ohne Zweifel anfänglich in jedem einzelnen Fall unter Berückſichtigung aller Umſtände erwogen, ob Gründe vorhanden ſeyen, von der alten Regel abzuweichen und eine actio utilis zu geſtatten; bis ſich durch die Praxis gewiſſe Grundſätze über die Vorausſetzungen gebildet hatten, unter welchen gegen die Strenge des Rechts Rechte ertheilt, geſchützt, wiederhergeſtellt werden ſollten, und dieſe Grundſätze ſprachen die Prätoren in ihren Edikten aus.

Später, als vorzüglich durch die kaiſerlichen Reſcripte das Recht fortgebildet ward, wurden durch ſie auch die meiſten Fälle beſtimmt, in welchen man eine actio utilis für

12) Cujacii Observ. Lib. V. Cap. 29.

13) L. 45. §. 2. L. 4. D. de negot. gest. (3. 5.) — L. penult. D. de tut. et rat. dist. 27. 3. — L. 3. C. de donat. quae sub modo. (8. 55.)

14) L. 1. §. 13. 14. D. de tut. et rat. distrah. (27. 3.) L. 2. C. de contr. jud. tut. (5. 58.)

15) L. 2. §. 5. D. de aqua et aqu. pluv. acc. (39. 3.)

ſich in Anſpruch nehmen kann. In den Fällen nun, wo actiones utiles geſtattet ſind, hat man die Wahl, ob man von dieſer Klage Gebrauch machen oder ob man ſich die Klage zeitig abtreten laſſen will, ſo daß die Ceſſion hier erfolgen kann, ohne daß es derſelben eigentlich bedarf.

§. 4.

Nach dieſer Einleitung können wir zur Beantwortung der den Gegenſtand dieſer Abhandlung bildenden Rechtsfrage ſelbſt übergehn.

Soviel iſt gewiß, daß nachdem der Gläubiger (der geweſene Pupill) befriedigt und ſeine Klage erloſchen iſt, die freiwillige Ceſſion nicht mehr wirkſam erfolgen kann.[16]) Gerade für dieſen Fall kömmt aber die im L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distrah. (27. 3) enthaltene Conſtitution des Kaiſers Antonius Pius und ſpäterer Kaiſer mit einer actio *utilis* zu Hülfe, die keine andere als die actio *tutelae* utilis iſt. Es heißt nämlich in dieſer Stelle:

> Etsi . . . tutor praestiterit, *nec ei mandatae sunt actiones*, constitutum est a Divo Pio et ab Imperatore Nostro et Divo Patre ejus *utilem* actionem tutori adversus contutorem dandam.

Hiermit ſtimmt überein: L. 2. C. de contr. jud. tut. (5. 58). (Imp. *Antonius* 213.)

> Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus acquievisti; cum ex causa judicati satisfacere coeperis, *actiones* adversus contutores tuos *mandari* tibi a pupilla desiderabis, *vel utili actione* uteris.

Aus dieſen Geſetzen geht klar hervor, daß der Vormund durch den Mangel der Ceſſion nicht verlieren, daß ihm durch die actio utilis gerade ſo wie durch die Ceſſion ſelbſt

16) L. 76. D. de solut. (46. 3.) — L. 1. C. de contr. jud. tut. (5. 58.)

geholfen werden ſoll, was doch bei der actio negotiorum gestorum wegen der wegfallenden Hypothek nicht der Fall ſeyn würde. Auch der Zuſammenhang ſpricht für die actio tutelae, indem jene Geſetze in Titeln vorkommen, wo von dieſer Klage die Rede iſt und die Lehre von der Vormundſchaft abgehandelt wird.

Dazu kömmt, daß nicht bloß in den angeführten beiden Geſetzen, ſondern auch in andern Geſetzſtellen die actiones utiles den mandatis actionibus entgegengeſetzt werden.

L. D. cit. §. 14. Si ex dolo communi conventus praestiterit tutor: neque *mandantae sunt actiones* neque *utilis* competit.

L. 5. C. de H. v. A. vend. (4. 39.) (Imperator Alexander). Emtor hereditatis actionibus *mandatio* ex jure uti debet, quo is cujus persona fungitur, quamvis *utiles* etiam adversus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuit. L. 8. C. eod.[17]) L. 1. 2. C. de O. et A. (4. 10).[18]) L. 5 C. quando fiscus vel priv. (4. 15). L. 18. C. de legat. (6. 37) L. 4. C. si cert. petat. (4. 2).

Freilich war nach ſtrengem Rechte durch die Zahlung die actio tutelae erloſchen, aber es war gerade der Hauptzweck der actiones utiles, der aequitas wegen einzelne Klagen, obgleich ſie ſtreng genommen erloſchen waren, gelten zu laſſen. Die Anwendung dieſes Grundſatzes finden wir nicht bloß in den angeführten L. 1. §. 13. 14. D. — und L. 2. c. — , ſondern auch in andern Stellen.[19])

---

17) Mühlenbruch a. a. O. S. 152. 153. S. 207. 208.

18) Mühlenbruch a. a. O. S. 166. 167. Cujacii Observ. Lib. II. Cap. 31. A. Faber, conject. Lib. XII.

19) L. 30 D. de m. c. donat. (39. 6.) und Glossa ad L. 29. eod. L. 1. C. de donat. quae sub modo. (8. 55.) L. 20. pr. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) L. 20. D. de jure fisci (49. 14.)

§. 5.

Dieſem Reſultate ſcheinen die L. 76. D. de solut. et liber. (46. 3) und L. 1. C. de contr. jud. tut. (5. 58) zu widerſtreiten, da Modeſtin, aus deſſen Reſponſis die erſte Stelle excerpirt iſt, lange nach dem Kaiſer Antonius Pius und ſelbſt nach Antonius Caracalla, von denen die angeführten Conſtitutionen über die actio tutelae utilis herrühren, lebte — und da auch die Kaiſer Septimius Severus und Antonius Caracalla, deren Reſcript in der angeführten L. 1. C. enthalten iſt, bei ihrer Entſcheidung wohl hätten erwähnen mögen, daß wenn gleich von einer Ceſſion, von einer actio mandata nicht mehr die Rede ſeyn könne, doch eine actio utilis ex Edicto Divi Pii zuſtehe. — Dieſer Umſtand hat manche angeſehene Rechtsgelehrte bewogen, dem Vormunde in unſerm Fall keine actio *tutelae* utilis zu geben, ſondern nur die actio negotiorum gestorum, welche durch L. 30. D. de negot. gest. (3. 5.) in einem ähnlichen Fall ertheilt wird.

In der L. 76. D. *de solut.* (*Modestinus*, Lib. 6. Responsorum heißt es:

> Modestinus respondit: si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, *cum nulla actio superfuerit*; quod si ante solutionem hoc factum est, vel cum convenisset, *ut mandarentur actiones*, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est: salvas esse mandatas actiones.

Dieſer Ausſpruch des Modeſtin enthält alſo den Satz: daß wenn Jemand für einen der Vormünder zahlte, ohne ſich die Ceſſion der actio tutelae ausbedungen zu haben, die ſpäter erfolgte Ceſſion ohne Wirkung iſt, weil gar keine Klage mehr vorhanden war.

Wenn nun in dieſem Fall gar keine Klage mehr exiſtire, ſo könne (ſagen die Vertheidiger der entgegengeſetzten Mei-

nung) die actio tutelae utilis eben ſo wenig als die actio tutelae directa übrig ſeyn; daher auch am Schluſſe des Geſetzes geſagt werde, daß wenn die Ceſſion vor oder bei der Zahlung ausbedungen worden, die Klage nicht vertilgt ſey.

Dieſe letzte Meinung ſcheint unterſtützt zu werden durch das angeführte Reſcript der Kaiſer Severus und Antoninus vom Jahre 202:

> L. 1. C. *de contr. jud. tut.* Si pro contutore judicato pecuniam solvisti: nullum judicium tibi contra pupillum competit, ut delegetur tibi adversus liberatum actio. Quod si nomen emisti: in rem suam procurator datus, heredes judicati poteris convenire.

Auch zu Folge dieſes Geſetzes ſcheint der Mitvormund, welcher ohne Vorbehalt Zahlung leiſtete, liberirt zu ſeyn, mithin weder die actio tutelae directa noch utilis gegen ihn Statt zu finden.

Dennoch aber liegt kein direkter Widerſpruch in dieſen Geſetzen, die von einem ganz andern Fall reden, als die allegirten L. 1. §. 13 D. und L. 2. C., jene beiden (L. 76 D. und L. 1. C.) von der actio mandata, letztere zwei von der actio utilis, und es iſt kein unumgänglicher Schluß daß weil die actio mandata in den angegebenen Fällen für unzuläſſig erklärt wird, auch die actio utilis nicht Statt finde. Was das Fragment aus Modeſtins Buche betrifft, ſo wiſſen wir nicht, was er im Zuſammenhange gleich darauf geſagt haben mag. Wie wir es haben, ſteht es im Titel de solutionibus und hier ſollte nur der allgemeine Satz belegt werden: *soluta* obligatione könne keine Klage mehr durch Willenserklärung übertragen werden, eine nachfolgende Willenserklärung könne nichts helfen, cum nulla actio superfuerit. In Beziehung auf den Pupillen, von dem hier allein die Rede iſt, iſt dies richtig; auf den bezahlenden tu-

tor aber iſt die Klage ſchon durch das Geſetz ex Edicto Divi Pii übergegangen.[20]).

Ferner um beurtheilen zu können, warum die Kaiſer Severus und Antoninus in ihrem Reſcripte (L. 1. C.) nichts von der actio utilis erwähnt haben, müßte man die Umſtände des ihnen vorgelegten Falles genauer wiſſen. Vielleicht fand nach dieſen beſondern Umſtänden die actio utilis nicht ſtatt, oder gewährte nicht das, was der Vormund von einer actio mandata erwartete. Damals beſtanden wohl noch zwiſchen der actio mandata und utilis Unterſchiede in den Wirkungen, wenigſtens gab es einen Unterſchied, der ſeinen Grund in der Verſchiedenheit der Rechtsverhältniſſe ſelbſt hatte, indem mit der actio mandata im Namen des Mandanten, mit der actio utilis in eignem Namen geklagt wurde.[21]) Auch war bis nach dem Ende des dritten Jahrhunderts, bis der ordo judiciorum privatorum und die Förmlichkeiten bei Anſtellung der Klage aufgehoben wurden, die Form beider Klagen weſentlich verſchieden.[22]) Die Verſchmelzung der verſchiedenen Uebertragungsarten ward erſt unter Juſtinian vollendet, dadurch daß nicht bloß die freiwilligen Ceſſionen durch die beſtimmte gültige Erklärung ſeine Forderung auf einen andern übertragen zu wollen, bewirkt ward, ſondern auch die actiones utiles immer häufiger wurden,[23]) und die alten Prozeßformen verſchwanden,[24]) ſo daß jetzt freilich nichts mehr auf die Form ankommt, un-

---

20) Die Gloſſe ſagt *Verb.*: „nulla actio“: scilicet actori; habet tamen in rem utilem, licet non cessam.

21) L. ult. C. quando fiscus vel privatus (4. 15).

22) v. Savigny, Geſch. des Röm. Rechts im Mittelalter B. I. S. 76 — 81. Mühlenbruch a. a. O. §. 15. 16.

23) L. 33. C. de donat. (8. 54). L. 22. 23. C. mandati (4. 35.) L. ult. C. de H. v. A. vend. (4. 39.)

24) L. 2. C. de pedan. judic. (3. 3). (Impp. *Diocletianus* et *Maximinianus*. 294.) — L. 1. C. de formul. et impetrat.

ter welcher die Ceſſion geſchehen iſt, und die actiones utiles nur noch zur Bezeichnung der Fälle dienen, in welchen die Uebertragung einer Forderung durch das Geſetz geſchieht.

Wenn ſich gleich mit ſolchen hiſtoriſchen Argumentationen eine beſtimmte klare geſetzliche Vorſchrift nicht wegſtreiten läßt, ſo können ſie doch wohl dienen, um anſcheinend widerſprechende Stellen zu vereinigen, oder vielmehr um (denn das iſt hier allein der Fall) es ſich zu erklären, warum in der einen Stelle nicht auf das Bezug genommen iſt, was eine andere giebt. Modeſtin und der Kaiſer hielten ſich genau an die ihnen vorliegende Frage: ob noch gegen den Pupill auf Erklärung der Ceſſion, auf ein mandatum actionis gedrungen werden könne? und verneinten ſie. Damit ſprachen ſie aber nicht aus: daß dem Quärenten nicht auf andere Weiſe, ſchon durch das Geſetz geholfen werden könne.

Hierüber hatte er nicht gefragt, und ſie mochten es wohl bedenklich finden, in ihrer Antwort weiter zu gehen, als die Frage ging.

§. 6.

Es iſt nur noch übrig, zum Beſchluß von der L. 30. D. de negot. gest. (3. 5) zu handeln, da die Vertheidiger der entgegengeſetzten Meinung behaupten: daß dem Vormunde welcher ohne Ceſſion für ſeinen Mitvormund zahlt, nur die in dieſer Stelle gegebene actio negotiorum gestor. zuſtehe.

L. 30. D. *de negot. gest.* (Julianus Libro III. Digestorum). Ex facto quaerebatur: quendam ad siliginem emendam curatorem decreto ordinis constitutum, eidem alium subcuratorem constitutum siliginem miscendo corrupisse, atque ita pretium

(2. 58). (Imp. Constantinus II. 34. 2.) — L. 2. C. eod. (Impp. Theodosius et Valentinianus 428). §. 8. I. de interd. 4. 15.)

siliginis, quae in publicum empta erat, curatori adflictum esse: quaque actione curator cum subcuratore experiri possit, et consequi id, ut ei salvum esset, quod causa ejus damnum cepisset? Valerius Severus respondit, adversus *contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam* . . . . Secundum quae etiam in subcuratore idem dicendum est.

In dieſem Fragmente handelt Julian die Frage ab: durch welche Klage derjenige welcher von Staatswegen den Auftrag zu Getreideankauf erhalten, von ſeinem Subcurator, der das Getreide mit ſchlechtem vermiſcht hat, Schadenerſatz verlangen könne? Hierauf antwortet Julian: Valerius Severus habe dahin reſpondirt: daß dem Vormunde gegen den Nebenvormund, (wenn dieſer nämlich in der Adminiſtration etwas verſehen und jener den Schaden habe erſetzen müſſen) die actio negotiorum gestorum zuſtehe. Hierauf folgt denn für den gegebenen Fall das Reſponſum: daß auch jenem Curator gegen den Subcurator dieſelbe Klage gegeben werden müſſe.

Es ſcheint freilich die hier geſtattete actio negotiorum gestorum eine utilis actio, nicht directa zu ſeyn, weil der Vormund, welcher den von ſeinem Collegen angerichteten Schaden vergütet, ſtreng genommen nicht das Geſchäft des Mitvormundes, ſondern zunächſt ſein eignes beſorgt.[26]) Wie dem aber auch ſey, ſo erhellt doch aus dieſem Fragmente ſelbſt, daß die darin gedachte actio negotiorum gestorum nicht die in unſern beiden Hauptgeſetzen (L. 1. §. 13 D. und L. 2. C. cit.) vorkommende actio utilis ſeyn könne.

---

25) Die Gloſſe bemerkt ſehr richtig zu der L. 1. C. cit. *Verb.* „actio:“ scilicet contra eum, qui jam per solutionem liberatus est: tuo tamen nomine utilem habes; ut L. prox.

26) Dieſer Meinung iſt auch die Gloſſe zu dieſer L. 30. D.

Denn jenes Fragment rührt her von dem unter Hadrian, Antoninus Pius und den Divis Fratribus lebenden Julian, der die in diesem Fall Statt findende actio negotiorum gestorum nicht auf ein kaiserliches Rescript des Antoninus Pius gründet, sondern mit dem Responsum eines Rechtsgelehrten, des Valerius Severus belegt. Wann dieser Jurist lebte, ist nicht außer Zweifel, daß er aber vor Julian schrieb, geht klar aus dieser L. 30. D. hervor, wo sich Julian auf ihn beruft. [27])

Das Resultat bleibt demnach dieses: daß dem Vormunde, welcher ohne vorgängige Cession für seinen Mitvormund an seinen Pupillen zahlte, die utilis *tutelae* actio gegen seinen Collegen zusteht, daß er also auch die Hypothek, welche die Gesetze dem Pupillen gegeben haben, für sich in Anspruch nehmen kann.

§. 7.

Rechtsfall.

Die jetzt entwickelte Rechtsfrage kam im Herzogthum Oldenburg in einem Fall zur Anwendung, wo der von dem klagenden Vormunde bezahlte Receß seines später zum Concurse gekommenen Mitvormundes so groß und die gesetzliche Hypothek des gewesenen Pupillen so alt war, daß je nachdem jene Rechtsfrage entschieden wurde, entweder dieser Vormund oder die übrigen Gläubiger unbefriedigt bleiben mußten.

Am 13ten Juni 1796 wurden zwei Brüder C. und R. über die unmündigen Kinder des von H. zu Vormündern bestellt; mit diesem Tage begann also die gesetzliche Hypothek der Pupillen im Vermögen ihrer Vormünder. [28]).

---

27) *Pothier*, in praef. ad Pand. Justin. No. LVIII. *Voce:* Valerius Severus. *Brissonius* de V. S. *Voce:* Valerius Severus und Salvius Julianus. *Heineccii* hist. jur. Rom. et Germ. Lib. 1. Cap. IV. §. 248. 289. *Bach*, hist. jur. (edit. 6ta) pag. 414. 472.

28) Die Eintragung dieser Hypothek in die Hypothekenbücher war

C. (der nachherige Cridar) war bis zum Jahre 1805 rechnungsführender Vormund und blieb damals mit der Summe von 4561 Rthl. in Receß. Erst jetzt übernahm R, der sich bis dahin um nichts bekümmert hatte, die Hebung und bewirkte gegen C. General-Arrest, Versiegelung und Inventur; auch ward im Jahr 1808 eine Administration über dessen Vermögen verfügt. Eine dem C. um diese Zeit in Surinam zugefallene Erbschaft, kleine abschlägige Zahlungen und die Vermittelung der Special-Direktion des Armenwesens bewirkten jedoch, daß nicht mit aller Strenge gegen ihn verfahren wurde. Mittlerweile bezahlte R. seinen großjährig gewordenen vormaligen Pupillen den von seinem frühern Mitvormunde verursachten Rezeß, ohne daß er sich von Erstern deren Klage gegen Letzteren cediren ließ.

Endlich wurde im Jahre 1809 gegen C. der Concurs erkannt, aber die desfälligen Proclamata damals nicht publicirt und das den Concurs erkennende Decret nicht insinuirt. In dieser Lage blieb die Sache während der Französischen Occupation und einige Zeit nachher, bis endlich R. die Sache gegen die Curatoren des C. wieder auffaßte, und im Jahre 1818 der Concurs wider C. publicirt wurde. Die Vormundschafts-Acte, welche über die Art wie R. die Zahlung des Receſſes an seine gewesenen Pupillen geleistet, hätte Auskunft geben können, war aber in der Zwischenzeit verloren gegangen und hat aller angewandten Mühe ungeachtet nicht wieder aufgefunden werden können.

Im Angabe-Termine setzte Profitent R. diese Verhältnisse auseinander; er habe als Mitvormund, sagte er, die Pupillen, nachdem sie ihre Volljährigkeit erreicht hätten, befriedigen müssen, und sey also ein bedeutender Gläubiger des Gemeinschuldners, der den Receß veranlaßt habe, geworden. Für diesen Receß hafte, da der Cridar am 13ten Juni 1796

damals nicht nothwendig; sie ist erst durch die neue Oldenburgische Hypothekenordnung vom Jahre 1814 vorgeschrieben.

zum Vormunde bestellt sey, seit dieser Zeit die stillschweigende Hypothek auf dem ganzen Vermögen desselben. Er bat daher: diese Forderung nebst Zinsen und Kosten unter N. 1. der hypothekarischen Gläubiger zu lociren.

Dagegen wurde ausgeführt: der Profitent könne die Hypothek für seine Forderung nicht in Anspruch nehmen, denn die vormaligen Pupillen seyen längst befriedigt, eine Cession sey damals nicht erfolgt und ipso jure gehe die Hypothek nicht über.

Nach zum Schluß verhandelter Sache wurde im Prioritatsurtheile des Profitenten Wittwe (als Erbin ihres unterdessen verstorbenen Ehemannes) mit den angegebenen Receßgeldern nebst Zinsen und Kosten inter chirographarios locirt.

Letztere appellirte an die Herzogl. Oldenburgische Justizcanzlei, wo nach der oben vorgetragenen Rechtstheorie ein reformatorisches Urtheil dahin erfolgte: „daß die Appellantin mit sämmtlichen Receß-Geldern nebst Zinsen und Kosten nach der für die v. H. Pupillen seit dem 13ten Juni 1796 bestandenen stillschweigenden Hypothek unter die hypothekarischen Gläubiger zu lociren sey.“

Dieses Urtheil ist vom Herzogl. Oberappellationsgerichte bestätigt.

VII.

Ueber die Wirkung auflösender Bedingungen bei Erbeinsetzungen.

Von Herrn Professor Zimmern in Heidelberg.

Die gemeine Meinung, wonach eine der Erbeinsetzung beigefügte resolvirende Bedingung unwirksam seyn soll, ist in